

公司担保行为探析

李清德

(厦门大学法学院, 福建 厦门 361005)

内容摘要: 公司具有担保能力,但要受到5公司法6第 60 条第 3 款和公司章程的限制。5公司法6 第 60 条第 3 款限制的主体既包括董事、经理个人也包括公司法人。董事、经理违反限制做出担保行为并不必然导致担保合同无效。担保合同无效,公司要承担一定的赔偿责任。

关键词: 公司 担保能力 行为限制 法律后果

一、问题的提出

担保是指法律规定的或者当事人约定的,以第三人的信用或者在特定财产上设定的权利来确保特定债权人债权实现为目的的法律制度。¹我国5担保法6第 1 条明文规定:“为促进资金融通和商品流通,保障债权的实现,发展社会主义市场经济,制定本法。”这既是我国担保法的立法宗旨,又是担保制度社会经济作用的高度概括。

公司是市场经济中最重要的主体,是最典型的企业法人。债是市场经常活动中最常见的一种法律现象,债的担保也就成为市场经济中十分常见的一种法律行为,而公司可以成为担保人也似乎成为理所当然的事。

但我国5公司法6第 60 条第 3 款却明确规定:“董事、经理不得以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保。”2000 年 6 月,中国证券监督委员会发布了5关于上市公司为他人提供担保有关问题的通知6(证监公司[2000]61 号),明确规定上市公司不得以公司资产为公司的股东、股东的控股子公司、股东的附属企业或者个人债务提供担保。2000 年 9 月,最高人民法院发布了《关于适用5中华人民共和国担保法6若干问题的解释》(以下简称担保法司法解释),其第 4 条规定:“董事、经理违反5中华人民共和国公司法6第 60 条的规定,以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保的,担保合同无效。

除债权人知道或者应当知道的外,债务人、担保人应当对债权人的损失承担连带责任。”0这些规定的出台,使人们对公司的担保能力产生了怀疑。到底公司有没有担保能力?如果有,那么要不要受到限制?受到什么限制?公司违反这些限制,会产生什么样的法律后果?这些正是本文想要探讨的问题。

二、公司是否具有担保能力

依据民法理论,民事主体参与民事活动必须具备民事权利能力和民事行为能力。在现代民法舞台上,活跃着两个主体角色,即自然人与法人。法人是与自然人相对应的民事主体²。享有民事权利能力和民事行为能力。

法人的民事权利能力是指法人依法享有民事权利和承担民事义务的资格。³法人的民事行为能力的范围与民事权利能力的范围一致,因此,本文拟着重对法人的民事权利能力进行分析。法人基于其社会属性与自然人基于其自然属性,在民事权利能力上存在一些差异,法人的民事权利能力受到一定范围的限制,主要表现在以下三方面的限制:自然性质的限制、法律的限制及法人目的的限制。我国5公司法6规定的公司仅为有限责任公司和股份有限公司,它们均具有法人资格,所以对法人权利能力的限制也当然地适用于我国5公司法6上的公司。关键在于,对法人民事权利能力的限制是否包含对公司担保权利能力的限制呢?

(一)、公司因自然属性受到的限制

由于公司是法律所拟制的人,自然人基于自然属性所形成的权利与义务,公司自然不能承受。但是,除了专属于自然人基于性别、年龄、生命、身体、亲属关系而产生的权利与义务,公司不能承受外,公司作为拟制的法人,其权利能力不再受自然属性的限制。⁴因此,对公司因自然属性进行的限制显然不能包括对公司担保权利能力的限制。

(二)、公司因法律规定受到的限制

1、从我国5公司法6的规定来看。纵观我国5公司法6对公司权利能力的限制主要表现在:公司不得成为其他营利性组织的无限责任股东;公司作为其他营利性组织的有限责任股东时,对其他组织的投资总额,不得超过本公司资本的一定比例;设立中的公司不得享有法人的权利能力,解散后的公司只能在清算范围内享有权利和承担义务。另外,5公司法6第 60 条第 3 款规定了董事、经理不得以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保。但该款的行为主体是否包括公司?本文将在第三部分详加分析。但有一点可以肯定的是,5公司法6的立法目的之一是对董事、经理人员的权限加以限制,以保护股东和债权人的利益,而决不是否定公司的担保能力。从国外立法来看,几乎所有国家都规定公司有担保能力。⁵

2、从我国5担保法6的有关规定来看。公司所涉及到担保形式主要是保

证、抵押和质押,下面对此略作分析。

(1) 保证。关于保证人的范围,我国担保法第 7 条规定: / 具有代为清偿债务能力的法人,其他组织或者公民,可以作保证人。05 最高人民法院关于贯彻执行中华人民共和国(民法通则)若干问题的意见(试行)6 第 106 条第 1 款规定: / 保证人应当是具有代偿能力的公民、企业法人以及其他经济组织。0 可见,公司作为企业法人之一,完全具有保证能力。

(2) 抵押。我国担保法6 对抵押物采用法定主义,以列举的方式规定了哪些财产可以作为抵押物,哪些财产禁止抵押。该法第 34 条规定: / 下列财产可以抵押:

(一) 抵押人所有的房屋和其他地上定着物; (二) 抵押人所有的机器、交通工具和其他财产; (三) 抵押人依法有权处分的国有土地使用权、房屋和其他地上定着物, , 0 该法第 37 条规定: / 下列财产不得抵押: (一) 土地所有权; (二) 耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权,但本法第三十四条第(五)项、第三十六条第三款规定的除外, , 0 可见,公司可以以其所有的或有权处分的土地国有使用权、厂房、机器等设定抵押。

(3) 质押。质押分动产质押和权利质押。我国担保法对何种动产可以作为质押物并没有作特别的规定。我国担保法第 75 条规定了可以设定质押的权利包括: 1、汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单。2、依法可以转让的股份、股票。3、依法可以转让的商标专用权、专利权、著作权中的财产权。4、依法可以质押的其他权利。由此可见,只要是公司所有的或有权处分的动产、票据等有价值证券、股票和股份、知识产权、一般债权,就可以设定质押。

综上,我国担保法6 并没有限制或剥夺公司的担保能力。

(三)、公司因目的受到的限制

法人的目的决定了法人享有的民事权利和负担的民事义务的范围。任何公司在设立时,都必须在章程中载明其经营范围。在实践中,凡公司超出登记机关核准登记的经营范围从事经营的,一般都被认定为无效行为。³⁴

那么公司会不会在自己的经营范

围中限制本公司的担任能力呢? 从实证的角度来看,公司对外提供担保是公司开展经营活动的需要。公司一般不会在章程中排除自己的这一项权利能力,但可能会做出一些程序上的限制,如必须通过股东会的同意、董事会的决议等。当然,如果公司甘愿以放弃对外担保能力为代价来换取公司资产的不被滥用,完全可由其自己决定。但我们应当注意到,这恰恰说明,公司是具有对外担保的权利能力的。至于其是否要在公司章程中做出限制,应由公司自己决定,而不应由法律加以限制。

综上所述,公司具有担保能力,但可能受到公司法第 60 条第 3 款和公司章程的限制。其实,公司作为商法人,其担保能力是商行为能力应有的题中之意。这正如法人具有民事能力,但要受到一定的限制一样。

三、公司法第 60 条第 3 款的限制

我国担保法6 第 60 条第 3 款规定: / 董事、经理不得以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保。0

(一) 该款的主体是董事、经理个人,还是包含公司法人本身?

长期以来,学术界对该款所指主体包含的范围主要存在以下两种认识: 统一说和单一说。

第一,统一说

该学说认为,担保法6 第 60 条第 3 款关于担保内容之规定,既是针对董事、经理个人的行为,同时也是针对公司法人的行为。也就是说,它包括以下两层含义: 一是对董事、经理个人的权限范围所进行的限制,即董事、经理个人不得以本公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保,是担保法6 对董事、经理责任的义务性规定; 二是对公司法人的权利能力所进行的限制,即公司法人不得以本公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保,是担保法6 对公司担保能力的限制性规定。⁶

第二,单一说

该学说认为,担保法6 第 60 条第 3 款关于担保内容之规定,仅是针对董事、经理个人的行为,而不针对公司法

人的行为。比如,毛亚敏认为,我国担保法6 只是禁止董事或经理以公司资产为本公司股东或者其他个人债务提供担保,对公司担保并没有做出限制性规定。⁵

(二) 笔者比较赞成 / 统一说0,理由如下:

1、为保障公司资本充实,免受意外损失,许多国家和地区的法律都对公司的担保行为做出一定限制。如我国台湾地区 / 公司法0 第 16 条规定: / 公司除依其他法律或公司章程规定得为保证者外,不得为任何保证人0; 法国 5 商事公司法6 第 106 条规定: / 除公司经营金融事业外,禁止公司为董事、总经理、法人董事的常任代理人及他们的亲属向第三人承担的义务提供物的担保和保证。0⁶

2、若该款仅限制公司从事担保行为,那么该款就可简化为: / 公司不得为本公司的股东或者其他个人债务提供担保。0 这样就非常简单明了,没有必要提及董事、经理。若该款仅限制公司的董事、经理的行为,那么董事、经理的行为属于无权处分行为,直接适用民法的有关规定,也没有必要在公司法中重新做出规定。

3、在法律禁止各个董事以公司资产为本公司股东和其他个人债务提供担保的情况下,就等于禁止作为各个董事的集体))) 董事会从事上述行为,从而也就禁止了公司从事上述行为,除非得到股东会的批准。

4、该款规定的行为主体是 / 董事、经理0,故而应当理解是为针对董事、经理个人; 而该款规定的行为对象又是 / 本公司的股东或者其他个人债务0,又似乎应当理解是为针对公司法人。⁷

5、本条款规定的目的在于防止公司董事、经理将公司资产以其个人名义或公司名义为公司股东或其他个人债务提供担保。与公司贷款条款的限制相同,此种限制的目的,也在于维持公司资本的充实,以保护公司、全体股东和债权人的合法权益。⁸

但值得注意的是,担保法6 对公司提供担保的限制,仅在于禁止公司为

其股东（包括个人股东和法人股东）和其他个人的债务提供担保，因此，公司为其其他法人或具有一定权利能力的非法人企业和组织的债务提供担保，不在禁止之列。^W公司作为市场主体，面对不确定的交易环境、交易条件，需要及时地根据瞬息万变的市场需要来调整经营策略，其中也包括按利益平衡原则对担保行为进行评估，对风险不大而又与自己关系密切的企业，可以提供担保。况且，随着市场化的加剧，企业之间的相互依赖性增强，为促进商品流通和资金融通，充分发挥担保的功能，企业之间相互提供担保已是司空见惯的事，法律不能也不应该扼杀此类担保行为。

四、公司章程的限制

对于公司来讲，章程是最为重要的自治规则。它是公司高效有序运行的重要基础，是维护公司利益、股东利益、债权人利益的自治机制，是公司、公司股东、特别是公司大股东和公司高级管理人员的行为规则。公司法与公司章程的有机结合，是规范公司组织和活动的重要保障。

公司章程是公司的自治规则，是公司的行为规范，对特定公司的权利能力和行为能力均有重要影响。公司章程的自治性特征，表现为公司不同则章程也有所不同。每个公司在制定章程时，都可以在公司法允许的范围内，针对本公司的成立目的、所处行业、股东构成、资本规模、股权结构等不同特点，确定本公司组织及活动的具体规则。

公司法关于公司章程记载事项的规定，依据其效力不同，可分为绝对必要记载事项、相对必要记载事项、任意记载事项。我国公司法第 22 条所列举的前 10 项、第 79 条所列举的前 12 项，属于公司章程的绝对必要记载事项，其中，并没有关于公司担保的规定。我国公司法缺少相对必要记载事项的规定。股东或者股东大会认为需要规定的其他事项，可以认为属于任意记载事项。因此，如果公司认为有必要，可在任意记载事项中记载限制公司对外提供担保条款，具体可包括董事会、经理做出

担保的权限范围，担保对象以及担保的法律后果等。

五、违反限制的法律后果分析

（一）、违反公司法第 60 条第 3 款的法律后果分析

根据我国法律及相关司法解释的规定，现分析如下：

（1）担保合同的效力。担保法司法解释第 4 条规定：/ 董事、经理违反 5 中华人民共和国公司法6 第 60 条的规定，以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保的，担保合同无效。除债权人知道或者应当知道的外，债务人、担保人应当对债权人的损失承担连带责任。0 但这种无效是否是绝对的呢？

1、我国 5 公司法6 第 49 条规定：/ 行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人的名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。0 如果公司董事和经理用公司名义以公司资产为公司股东提供担保，符合表见代理的特征，根据上述规定，担保合同应该是有效的。这就产生了合同法第 49 条和担保法司法解释第 4 条的冲突。到底谁该优先适用？担保合同也是一种合同。既受 5 担保法6 的调整也受 5 公司法6 的调整。5 担保法6 是特别法，5 公司法6 是一般法。一般来说，特别法与一般法相冲突，应以特别法为准。但担保法颁布生效在先，合同法颁布生效在后，且一个是司法解释，一个是全国人大通过的法律，又应以后者为准。

笔者以为上述规则在解决此类冲突时，不足以根本解决问题。最本质的应从法律规范的价值角度进行分析。5 公司法6 第 49 条的立法意图在于保护善意第三人，保护交易安全。这也是 5 公司法6 较以前的诸合同法不同的特色之一。5 公司法6 第 60 条第 3 款的意图在于维护公司的资产安全，确立董事、经理不得损害公司资产的义务，保护股东的利益。诚然，公司是市场经济的最为重要的主体，但法律面前人人平等，市场经济是法制经济，在市场经济面前也应该人人平等。公司相对于市场

经济的其他主体，如合伙组织，也不应享有任何特权。依主体的身份不同而加以区别对待，这显然不符合现代法制的理念。5 合同法6 第 49 条的规定蕴涵着平等、公平的理念，价值显然优于 5 公司法6 第 60 条第 3 款的规定，应该优先适用。即在符合表见代理的情况下，担保合同是有效的。

2、如公司的董事长以公司资产为本公司的股东或其他个人提供担保，其效力如何呢？显然应首先分析担保法司法解释第 4 条中 / 公司的董事、经理，，0 是否包括董事长？它引用的是 5 公司法6 第 60 条第 3 款，因而要从分析该条款的立法本意来着手。显然，5 公司法6 第 60 条第 3 款的立法本意是为了维护公司的资产安全。根据 5 公司法6 第 51 条第 1 款的规定：董事长由董事会选举产生；另有限责任公司股东人数较少，规模较小的，只设一名执行董事。所以，担保法司法解释第 4 条中的主体从 5 公司法6 的角度来理解应该包括董事长。因董事长是公司的法定代表人，担保法司法解释第 11 条对这种情况又作了规定：/ 法人或其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的担保合同，除相对人知道或应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。0 这只是对 5 公司法6 第 50 条的规定的具体化，即只在 / 合同0 前加了 / 担保0 二字，纯粹是一种 / 复制0。这里也就产生了担保法司法解释第 11 条、5 公司法6 第 50 条与担保法司法解释第 4 条的冲突。显然 5 公司法6 第 50 条与第 49 条的原理一致，前者是针对代表人而言，后者是针对代理人而言。代表人行为的法律后果与代理人行为的法律后果的原理在性质上是一致的。前者是从反面角度规定，除相对人知道或应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。后者是从正面角度规定，相对人有理由相信代理人有代理权的，该代理行为有效（表见代理）。因此，同前述理由，应该优先适用合同法第 50 条和担保法司法解释第 11 条的规定，担保行为有效。

当然，有效也是附条件的有效，即

除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外。有观点认为, 公司董事长如以公司资产为公司的股东和其他个人债务提供担保, 因这是 5 公司法6 规定的违法行为, 即可认定 / 相对人知道或应当知道其超越权限⁰。担保法司法解释的第 11 条和第 4 条在内容上和法律后果上是一致的, 并不产生冲突。其实不然, 在公司董事长以公司资产为其他个人债务提供担保的情况下, 相对人处于明知状态, 因这时债务人是个人, 债权人不能以不知法律规定而否定其 / 知道或应当知道⁰。此时两者的规定并无二致。但在公司董事长以公司资产为其公司股东进行担保的情况下, 其股东与公司的关系具有隐蔽性, 相对人完全可能不明知, 且不能强求其应知 (因正如前所述, 法律并不禁止公司为非本公司股东法人或其他经济组织提供担保)。在这情况下, 两者的规定就发生了冲突。前者产生的是无效担保合同的法律责任, 而后者产生的有效担保合同的法律责任。

(2) 公司、董事、经理的责任。我国 5 担保法6 第 5 条第 2 款规定: / 担保合同被确认无效后, 债务人、担保人、债权人有过错, 各自承担相应的民事责任。⁰ 担保法司法解释第 7 条规定: / 主合同有效而担保合同无效, 债权人无过错的, 担保人与债务人对主合同债权人的经济损失, 承担连带赔偿责任; 债权人、担保人有过错的, 担保人承担民事责任的部分, 不应超过债务人不能清偿部分的 1/2。⁰ 可见, 无效合同的法律责任的规则原则是过错责任原则, 完全过错完全赔偿, 部分过错部分赔偿。公司或董事、经理 / 有无赔偿责任⁰ 首先取决于他们有无过错。显然, 董事、经理在这里的过错是显而易见的, 他们违反了 5 公司法6 第 60 条第 3 款的规定, 这是导致担保合同无效的根本原因。但究竟是由公司还是个人来承担? 5 民法通则6 第 43 条规定: / 企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营行为, 承担民事责任。⁰ 即董事、经理的过错行为所产生的赔偿责任

应由公司承担。当然, 根据我国 5 公司法6 第 214 条的规定: / 董事、经理违反本法规定, 以公司资产为本公司的股东及其他个人债务提供担保的, 责令取消担保, 并依法承担赔偿责任, 将违法提供担保取得的收入归公司所有。情节严重的, 由公司给予处分。⁰ 在本条中, 明确规定了董事、经理要依法承担赔偿责任, 但其赔偿对象是谁? 是公司还是担保合同的相对人? 一般认为, 此条所规定的 (董事、经理) 依法所应承担的赔偿责任是根据 5 公司法6 第 63 条的规定所应承担的对公司的责任, 而不直接向担保合同的相对人承担责任。^k 也就是说, 公司在承担了责任之后, 有权向其董事、经理追索。

综上: 如公司董事长、董事、经理以公司资产为本公司股东或其他个人债务提供担保的, 首先应该适用 5 公司法6 第 49 条、第 50 条、担保法司法解释第 11 条以确定担保合同是否有效。在担保合同无效的情况下, 适用担保法司法解释第 4 条、第 7 条和 5 担保法6 第 5 条第 2 款的规定, 由公司承担部分或全部的赔偿责任。而后向相关董事、经理追偿。当然, 公司、董事、经理在承担了担保责任后, 都可以向债务人追偿。在担保合同有效的情况下, 公司要受担保合同的约束。公司履行相应义务后, 可向董事、经理追索。

(二) 违反公司章程限制的法律后果分析

如违反章程对外担保, 即所谓的越权行为也并非必然导致无效的法律后果。因章程是一种内部的约定, 依法理是不能对抗善意第三人的。为保护善意第三人的利益, 世界各国对公司越权行为的法律后果, 已从绝对无效发展到相对无效, 甚至相对无效已有被淘汰的趋势。有些国家通过诸如全体股东追认、禁止反言原则 (the doctrine of estoppel) 等规则, 来保障公司和第三人的利益, 严格限制公司越权无效的适用范围。又如欧共体 / 1968 年第一号指令⁰ 规定, 凡经公司董事会所决定的交易, 对于与该公司进行交易的善意第三人来说, 均

视为在该公司的能力范围内的交易。就我国的情形而言, 5 合同法6 第 50 条规定: / 法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同, 除相对人知道或者应当知道其超越职权的以外, 该代表行为有效。⁰ 最高人民法院 5 关于适用 3 中华人民共和国合同法4 若干问题的解释 (一)⁶ 第 10 条规定: / 当事人超越经营范围订立合同, 人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。⁰ 这些规定也体现了限制公司越权行为无效的适用范围。^l 因此, 董事、经理越权担保并不必然导致担保合同的无效。除非担保合同的相对人知道或者应当知道, 否则担保合同仍然有效。公司要受担保合同的约束。公司在承担担保义务后, 造成损失的, 可向董事、经理追索。

注释:

¹ 徐学鹿主编, 徐康平、熊英著: 5 担保法6, 人民法院出版社 2000 年版, 第 4 页。

⁰ 魏振瀛主编: 5 民法6, 北京大学出版社、高等教育出版社 2002 年版, 第 70 页。

[»] 同上书, 第 80 页。

^¼ 范健主编: 5 商法6, 高等教育出版社、北京大学出版社 2002 年版, 第 122 页。

^½ 199803 5 山东经济6 5 试析< 中华人民共和国公司法> 的几处疏漏⁶, 姜作利。

^¾ 范健主编: 5 商法6, 高等教育出版社、北京大学出版社 2002 年版, 第 134 页。

[¿] 张平: 5 对< 公司法> 第 60 条和< 担保法> 解释第 4 条的解读⁶, 5 法学6 2003 年第 3 期。

^À 毛亚敏: 5 公司法比较研究6, 中国法制出版社 2001 年版, 第 25 页。

^Á 赵旭东主编: 5 公司法6, 高等教育出版社 2003 年版, 第 178 页。

^Â 张平: 5 对< 公司法> 第 60 条和< 担保法> 解释第 4 条的解读⁶, 5 法学6 2003 年第 3 期。

^Ã 柳经纬主编: 5 商法6, 厦大法学院民商法学系列, 2002 年版, 第 167) 168 页。

^Ä 同上, 第 168 页。

^Å 赵旭东主编: 5 公司法6, 高等教育出版社 2003 年版, 第 174 页。

^ÿ 参见赵旭东主编: 5 公司法6, 高等教育出版社 2003 年版, 第 168 页。